

VU Research Portal

Hooggeschat Publiek. Over de rol van het publiek in de intellectuele eigendom.

Spoor, J.H.

2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Spoor, J. H. (2007). *Hooggeschat Publiek. Over de rol van het publiek in de intellectuele eigendom*. Van Oorschot.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HOOGGESCHAT PUBLIEK

J.H. Spoor

Hooggeschat publiek

*Over de rol van het publiek
in de intellectuele eigendom*

Rede uitgesproken op 13 juni 2007 bij het afscheid
als hoogleraar intellectuele eigendom
aan de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam



Uitgeverij G.A. van Oorschot
Amsterdam



Hooggeschat publiek,

De intellectuele eigendom en u

Dit is de laatste keer dat ik mij in functie tot u mag richten, en ik ben u daarvoor zeer erkentelijk. Om dat te benadrukken zal ik u in dit uur centraal stellen.

Daarvoor is nóg een reden. De leeropdracht waarvan ik in dit uur afscheid neem betreft de intellectuele eigendom, kortweg de i.e. Toen een wat oudere kantonrechter mij 25 jaar geleden vroeg naar mijn specialisatie en ik antwoordde dat het ging om de intellectuele eigendom was zijn reactie nog: ‘Mijn hemel, hebben we dat ook al?’ Maar sinds die tijd heeft de i.e. aan bekendheid gewonnen, en ik hoef u dus niet meer uit te leggen dat het gaat om een conglomeraat van auteursrecht, merkenrecht, octrooirecht en een wolk van al dan niet aangrenzende verdere rechten. En in de i.e. speelt het publiek – u dus – een belangrijke rol.

Ik geef een voorbeeld.

Toen ik bespeurde hoe de nevel van de tijd
in d’ogen van de v u mijn vonkje uit kwam doven
en dat ik deze keer er ook aan moest geloven,
toen wende ik daaraan, maar vroeg nog wat respijt.

Mogelijk denkt u nu: het wordt écht tijd dat hij opstapt. Ik spreek u niet tegen. Maar wellicht hebt u ook een *déjà vu*. Dat zou kunnen; want het gaat om een variatie op een klassiek werk. U herinnert zich ongetwijfeld het origineel:

Toen hij bespeurde hoe de nevel van de tijd
in d’ogen van zijn vrouw de vonken uit kwam doven
haar wangen had verweerd, haar voorhoofd had doorkloven,
toen wendde hij zich af en vrat zich op van spijt.

Zo begint Willem Elsschots gedicht *Het huwelijk*, u weet wel, met de beroemde regels

want tussen droom en daad
staan wetten in de weg, en praktische bezwaren

Die wetten kunnen ook in dit geval in de weg staan, want het werk van Elsschot is nog tot 2031 auteursrechtelijk beschermd. De Auteurswet staat het maken van parodieën en pastiches weliswaar toe, maar wel op voorwaarde dat ze in overeenstemming zijn met de regels van het maatschappelijk verkeer. En één van die regels is, dat een parodie herkenbaar moet zijn voor het publiek. Het hangt derhalve van ú af of mijn parodie ermee door kan. En daarom verheugt het mij dat u uw Elsschot kent.

Tarzan en Lady Chatterley

Het is niet de enige rol die het publiek speelt in het auteursrecht. Een ander geval vinden we in artikel 47 Aw.

De Auteurswet is een nationale wet, maar dankzij de Berner Conventie (BC) – en andere verdragen – worden ook werken uit andere landen in Nederland beschermd. Dan moeten die landen wel bij de BC aangesloten zijn. De vs waren dat aanvankelijk niet, en daarom is ouder Amerikaans werk in Nederland alleen maar beschermd als het tegelijk met de eerste Amerikaanse uitgave ook in een BC-land is uitgegeven. Daarbij moet er, zegt artikel 47 Aw, een zodanig aanbod van exemplaren hebben plaatsgevonden ‘dat daardoor, gelet op de aard van het werk, wordt voorzien in de redelijke behoeften van het publiek’.

Het kan dus nodig zijn om vast te stellen wat de redelijke behoeften van het publiek zijn en of daaraan is voldaan. Soms pas na vele decennia.

Zo moest het gerechtshof in Amsterdam in 2001 oordelen of het eerste *Tarzan*-verhaal bijna een eeuw geleden op de juiste wijze was uitgegeven.¹ Het hof stelde vast dat was voldaan aan de redelijke behoeften van het – in dit geval: Engelse – publiek, doordat het tijdschrift *The All-Story* met daarin het verhaal *Tarzan of the Apes* binnen 9 dagen na de eerste publicatie in de vs op 10 september 1912 op diverse plaatsen in het vk aan het lezerspubliek tegen betaling ter beschikking stond. En dankzij die vaststelling konden de erven Burroughs na bijna een eeuw nog met succes optreden tegen ongeautoriseerde *Tarzan*-video's.

Ook is er nog een door Gerbrandy aangehaald Frans vonnis over de vertaalrechten met betrekking tot *Lady Chatterley's Lover*. De eerste uitgave van dat boek vond plaats in Italië, in 1928, maar in een beperkte oplage, zodat de vraag rees of daarmee wel was voldaan aan de re-

delijke behoeften van het publiek. Die vraag werd bevestigend beantwoord, omdat het boek – in de woorden van Gerbrandy – ‘hoe-dan-ook slechts voor beperkte lezerskring bestemd kon zijn’.²

Zoals bekend heeft het werk sindsdien alsnog zijn weg naar een aanzienlijk groter publiek gevonden, en aangezien de redelijke behoeften van het publiek volgens de Franse rechter hoe dan ook zeer klein waren, rijst de vraag of dit grote publiek wellicht vooral *onredelijke* behoeften had. De rechtbank zal echter wel niet meer bedoeld hebben dan dat in het Italië van 1928 maar weinigen Engels konden lezen.

Publiek als doelgroep

Uw belangrijkste rol in het auteursrecht, hooggeschat publiek, is echter die als *doelgroep*. De auteur heeft het uitsluitend recht om zijn werk openbaar te maken, onder meer door op- of uitvoering, via radio en tv, als achtergrondmuziek of via webcasting, en in de term ‘openbaar maken’ ligt al zo ongeveer besloten dat er een publiek moet zijn. Wie in huiselijke kring musiceert of cd’s draait kan auteursrechtelijk gezien zijn gang gaan, maar wie muziek in het openbaar ten gehore wil brengen zal daarvoor toestemming moeten hebben van de auteur – wat in de praktijk wil zeggen: van Buma – en daarvoor moeten betalen.

Wet en jurisprudentie nemen al snel aan dat er sprake is van een publiek. De uitvoering in besloten kring geldt als een uitvoering in het openbaar, tenzij hij beperkt blijft tot een familie- of vriendenkring. Of een daaraan gelijk te stellen kring, maar verwacht u daar niet teveel van. Ook al zijn wij hier onder familie en vrienden, naar ik vertrouw geen uwer uitgezonderd, toch is dit niet zo’n vrijgestelde kring; al is het maar omdat hier verschillende familie- en vriendenkringen naast elkaar vallen te onderscheiden. Naar auteursrechtelijke maatstaven bent en blijft u een publiek.

Het publiek hoeft evenmin bij elkaar te zitten zoals u in deze zaal. ‘De kijkers en luisteraars thuis’ vormen samen een publiek, zelfs al kijken ze uitsluitend in gezinsverband. Ze hoeven ook niets nieuws te horen of te zien te krijgen (dat krijgen ze op radio en tv trouwens toch maar zelden); als de kabel een programma doorgeeft dat iedereen net zo goed met een eigen antenne of schotel uit de ether zou kunnen plukken richt de kabelexploitant zich toch tot het publiek.

Draadomroep en kabel-tv

Het heeft overigens heel wat voeten in de aarde gehad voor dat besef goed doordrong. Illustratief is het conflict tussen Buma en de PTT in de jaren '50 over de Draadomroep, een dienst van de PTT, waarbij de programma's van Radio 1 en 2, die toen nog Hilversum 1 en 2 heetten, via telefoondraden aan abonnees thuis werden doorgegeven. Volgens de PTT maakte zij die programma's niet openbaar. Haar uitzendingen kwamen immers gewoon bij hetzelfde publiek terecht dat ook al door de zenders in Lopik bestreken werd. De Hoge Raad (HR) verwierp dat verweer met de overweging dat de Draadomroep zich richtte tot een publiek dat bestond uit mensen die aan ontvangst via de Draadomroep de voorkeur gaven, en dat om die reden als een nieuw publiek viel te beschouwen.³

Die overweging heeft nog heel wat gevolgen gehad. In 1972 bevestigde minister Van Agt in de Kamer dat Draadomroep iets héél anders was dan kabel-tv, die op dat moment werd ingevoerd, en dat bij de *kabel* van een nieuw publiek geen sprake was. Het duurde tot 1981 voor de HR duidelijk maakte dat het er niet toe doet of het publiek al dan niet nieuw is; het enige wat telt is of er een publiek is.⁴

Sterker nog: het publiek hoeft er niet eens te zijn; dat het er zou *kunnen* zijn is genoeg. We hoeven dus niet na te gaan of hotelgasten via hun kabelaansluiting tegelijkertijd naar hetzelfde programma kijken en aldus een publiek vormen; het feit dat ze ernaar *kunnen* kijken is genoeg. En een tentoonstelling is openbaar zodra de deuren opengaan, ook al laat het publiek nog op zich wachten. Hetzelfde geldt voor een website, of die nu wordt geraadpleegd of niet. Kortom, de openbare toegankelijkheid volstaat, publiek of geen publiek, en iedere potentiële luisteraar telt mee. Het publiek wordt dus *hoog* geschat – in ieder geval qua omvang.

Geen publiek, toch openbaarmaking?

Auteursrechtelijk gezien is op al deze uitspraken en regels niets aan te merken. Of het nu gaat om de Draadomroep, om de kabel of om de arbeidsvitaminen in bedrijven, steeds wordt het publiek – of tenminste *een* publiek – in de gelegenheid gesteld om tv te kijken en naar muziek te luisteren. Maar omdat onder de meest uiteenlopende omstandigheden van openbaarmaking sprake blijkt te zijn, en een potentieel publiek al genoeg is, ontstaat stukje bij beetje ook de indruk dat het

publiek er eigenlijk niet meer toe doet. Dat wordt mede in de hand gewerkt doordat de wetgever van alles onder de paraplu-term ‘openbaarmaking’ heeft gebracht. Die term is een grabbelton, waarin vrijwel altijd wel argumenten zijn te vinden om iets als ‘openbaarmaking’ aan te merken.

Karakteristiek is een uitspraak van de rechtbank Den Haag, waarin satelliettransmissie van gecodeerde achtergrondmuziek naar professionele afnemers die die muziek zelf weer aan anderen doorleverden zonder er iets anders mee te doen dan haar om technische redenen te decoderen en weer te coderen, als openbaarmaking werd beschouwd.⁵ Zelf luisterden de afnemers niet naar de muziek; hoogstens hield een technicus af en toe in de gaten of alles goed ging. Van een *publiek* was dan ook geen sprake. In haar vonnis merkte de rechtbank echter ook op dat met de satelliettransmissie geld werd verdiend, en dat lijkt een belangrijk argument te zijn geweest om die transmissie toch als openbaarmaking te beschouwen. (Ik mag mij dat persoonlijk aantrekken, want het gaat om een – overigens onjuiste, want omgekeerde – toepassing van iets wat ik ooit geschreven heb).⁶

Wat daarvan zij, het is een misverstand om te denken dat het publiek er niet toe doet. Veeleer is de ratio van het recht van immateriële openbaarmaking juist gelegen in het feit dat het publiek in de gelegenheid wordt gesteld om beschermde werken te zien en te horen. Juist deze communicatie aan het publiek, dus het feit dat aan het publiek het genot van het werk wordt verschaft, vormt de grondslag van het recht van (immateriële) openbaarmaking.

Dat komt onder meer tot uitdrukking in artikel 12 lid 4 Aw, dat hiervoor al even ter sprake kwam en dat bekend staat als het ‘besloten kring-artikel’: ook een uitvoering in besloten kring wordt beschouwd als een openbaarmaking, behalve als ze in familie- of vriendenkring plaatsvindt.

Artikel 12 lid 4 wordt meestal als een zuiver ‘technische’ bepaling beschouwd, maar het is meer dan dat; het vormt de erkenning dat de aanwezigheid van een publiek belangrijker is dan de openbaarheid. ‘Publiek’ betekent weliswaar ‘openbaar’, maar *een* publiek is iets anders: het wijst op een gezelschap van – inderdaad – kijkers of luisteraars. En niet de openbaarheid is auteursrechtelijk doorslaggevend, maar het publiek. Dat principe erkende de wetgever zelfs al vóór 1912; reeds de Auteurswet van 1881 bepaalde:

‘Met eene uit- of opvoering in het openbaar wordt gelijk gesteld elke uit- of opvoering, die tegen betaling, voor eens of voor meermalen, toegankelijk is, zelfs dan wanneer bovendien eene ballotage gevorderd wordt.’⁷

De revival van het publiek

Gelukkig maakt het publiek in het auteursrecht de laatste jaren een revival door. De jurisprudentie van het Hof van Justitie speelt daarbij een belangrijke rol. In het *Lagardère*-arrest overwoog het Hof:

‘dat een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld’.⁸

Dit arrest had betrekking op de Satelliet- en Kabelrichtlijn, en steunde op een overweging in de considerans daarvan. In december 2006 heeft het HvJ echter eenzelfde overweging aan het publiek gewijd in het onder de Auteursrechtlijn gewezen arrest *SGAE/Rafael Hoteles*,⁹ hoewel die richtlijn zelf voor deze invulling geen direct aanknopingspunt biedt. Daarmee maakt het Hof ondubbelzinnig duidelijk dat ‘het publiek’ niet zuiver een juridisch-technisch criterium is, maar dat het daadwerkelijk moet gaan om een publiek van kijkers en luisteraars. Toegegeven, feitelijke zowel als potentiële kijkers en luisteraars, dus er hoeft niet te worden bewezen dat ze daadwerkelijk kijken en luisteren; maar een zuiver hypothetisch publiek – zoals in de *Digi Music*-zaken – is niet genoeg.

Onder meer op grond van het *Lagardère*-arrest besliste het Amsterdamse gerechtshof in een zaak tussen Buma en Chellomedia dan ook, dat de gecodeerde verzending van omroepprogramma’s door Chellomedia naar kabelbedrijven als zodanig geen openbaarmaking was, omdat de bewuste bedrijven zelf geen publiek van potentiële luisteraars of kijkers vormden.¹⁰

Dat is een goede ontwikkeling, die de geloofwaardigheid van het auteursrecht alleen maar ten goede kan komen. Het gaat niet aan, de aanwezigheid van een publiek enerzijds, zoals artikel 12 lid 4 tot uitdrukking brengt, te gebruiken als basis voor aanzienlijke financiële

aanspraken (met name waar het de muziek in werkruimten betreft; alleen al bij Buma in 2006 goed voor 12,6 mln euro)¹¹ maar het ontbreken van een publiek vervolgens te negeren als dat zo uitkomt.

Het gaat ook niet aan, iedere stap in een transmissieketen afzonderlijk aan een toestemmingsvereiste te onderwerpen, hoewel pas aan het eind van de keten van een publiek sprake is. Zo men wil kan men een parallel trekken met de verspreiding van boeken, cd's en andere exemplaren: ook die loopt over veel schijven maar wordt als het goed is maar één keer aan toestemming onderworpen. Daarna is het auteursrecht, zoals dat heet, uitgeput.

De ratio van het recht tot immateriële openbaarmaking, zoals dat heet, of zoals het inmiddels in betreurenswaardig Europees jargon ook wel wordt genoemd, van het 'recht tot mededeling aan het publiek' ligt in – precies – het feit dat het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt. Dat vaak niet valt na te gaan of het publiek daar ook daadwerkelijk gebruik van maakt – soit. Maar als duidelijk is dat er van een publiek geen sprake is, en dat dat pas in een volgende fase wordt bereikt, is ook van openbaarmaking geen sprake. Terecht verlangt het HvJ dan ook dat het gaat om een publiek van – tenminste potentiële – kijkers en luisteraars. Het auteursrecht moet het publiek in ere houden. Het moet het publiek *hoog schatten*.

Ook al omdat het publiek in de loop van de tijd zelfstandiger en mondiger is geworden. Ooit was het muziekminnende publiek, als het zelf niet kon musiceren, vrijwel geheel afhankelijk van auteurs en uitvoerders. Muziek kon pas worden beluisterd als ze werd uitgevoerd, en wie in de beginjaren van het Amsterdamse Concertgebouw geen geld had voor een kaartje kon alleen nog – op warme zomeravonden – tegen het hek van het in de weilanden gelegen gebouw luisteren naar de muziek, die door de open ramen ook buiten te horen was.

Geluidsband, brander, internet en mp3 hebben het publiek verregaand onafhankelijk gemaakt van auteurs en vertolkers. Ongetwijfeld is het ongeautoriseerd uploaden van muziek een ongeoorloofde openbaarmaking, en dat de rechthebbenden daarmee niet gelukkig zijn is bekend. Maar als zij willen dat het publiek het auteursrecht serieus neemt mag men verwachten dat ook zij van hun kant het publiek serieus nemen, en geen meervoudige aanspraken doen gelden voor wat in werkelijkheid één enkele communicatie aan het publiek is.

Intermezzo: octrooien en modellen

Zo belangrijk als de rol van het publiek is in het auteursrecht, zo bescheiden is zij in het octrooirecht. Als doelgroep speelt het publiek er geen noemenswaardige rol. Natuurlijk is het prettig als er een markt is voor geoctrooieerde producten, maar bij de invulling van het recht doet het publiek er niet toe.

In plaats daarvan komen we in het octrooirecht het publiek vooral tegen aan het begin van de rit. Octrooien kunnen worden verleend voor nieuwe uitvindingen. Een uitvinding is nieuw als hij op het tijdstip van de octrooiaanvraag niet van openbare bekendheid is. Het komt nogal eens voor dat een uitvinding in gebruik wordt genomen vóór de octrooiaanvraag is ingediend. Als hij in die periode zonder restricties voor het publiek toegankelijk is geweest, is hij niet nieuw. Het publiek vormt dus een bedreiging voor de octrooieerbaarheid van de uitvinding.

Ieder publiek, deskundig of niet. Weliswaar is openbaarheid pas nieuwheidsschadelijk als de toegankelijke informatie van dien aard is dat een deskundige op grond daarvan de uitvinding zou kunnen toepassen; de jurisprudentie eist echter niet dat zich onder het publiek dat in de cruciale periode toegang had tot de uitvinding ook daadwerkelijk een deskundige moet hebben bevonden. Aannemelijk is dat het schadelijke effect van de toegankelijkheid ook optreedt als alleen niet-deskundigen de uitvinding hebben gezien.

Er is, zoals altijd, een uitzondering: de erkende tentoonstelling, zoals de jaarlijkse *Salon International des Inventions* in Genève. Daar kunnen uitvinders hun geesteskinders tonen aan een publiek van ondernemers en kapitaalverschaffers die wellicht brood zien in de uitvinding, zonder dat de nieuwheid verloren gaat. Het octrooi kan dan enige tijd ná de tentoonstelling nog worden aangevraagd. Hoewel zij zich van de kansen op succes beter geen overdreven voorstelling kunnen maken, is dit toch een publiek dat de uitvinder gaarne ziet.

Maar voor het overige is het publiek, zolang geen octrooi is aangevraagd, vóór alles een bedreiging, en moet het zorgvuldig op een afstand worden gehouden. Daarna speelt het geen rol van betekenis meer.

In het modellenrecht geldt een vergelijkbare wereldwijde nieuwheidseis, waar de scherpe kantjes echter enigszins van af zijn gehaald door de invoering van een speciaal toetspubliek, de 'ingewijden in de betrokken sector' in de EU of EER; wat zij redelijkerwijs niet konden

weten telt niet mee. Daarnaast zorgt een *terme de grâce* ervoor dat de ontwerper zijn model onbekommerd op de markt kan brengen en toch nog een jaar de tijd heeft om het desgewenst te deponeren. De vrijheid die de uitvinder slechts op erkende tentoonstellingen geniet heeft de modelontwerper dus tegenover elk publiek. Al doet ook hij er goed aan om daar niet blind op te varen; een tijdig modeldepot biedt toch meer zekerheid.

Merkenrecht

Maar dan het merkenrecht! Nergens in de intellectuele eigendom komen we u, hooggeschat publiek, zo vaak tegen als hier, want in het merkenrecht bent u de toetssteen bij uitstek.

Merken stellen ondernemers in staat om hun producten te onderscheiden van die van anderen, en voorkomen moet worden dat die anderen tekens gebruiken die verwarring kunnen wekken bij het publiek of die profiteren van de bekendheid die het merk bij het publiek geniet. Het gaat dus om de vraag, wat het publiek ziet, weet, herkent of meent te herkennen; anders gezegd, het gaat om de perceptie van het publiek.

Dat is nogal abstract, en vraagt om een voorbeeld.

Twee of drie strepen

Adidas maakt al zeker veertig jaar gebruik van logo's met drie korte evenwijdige strepen. Daar is in de loop van de tijd heel wat over afgeruzied. Al rond 1980 bleken sportschoenen met vier strepen van de Hema er niet mee door te kunnen;¹² dat moesten er minstens vijf worden.

Sinds een aantal jaren voert Adidas ook merken die bestaan uit drie *lange* strepen, vaak over de volle lengte van een kledingstuk; meestal op de zijnaad ervan. Sommige concurrenten voorzien hun kleding – naar hun zeggen: ter versiering – van *twee* evenwijdige strepen. Mag dat?

Over die op het oog simpele vraag is Adidas alleen al in Nederland slaags geraakt met een groot deel van de textielbranche, waaronder C&A, Neckermann, Zeeman en nog een stuk of wat anderen; en ook nog met Nike. Dat zegt op zichzelf niet zoveel; Burberrys heeft het ooit aan de stok gehad met een dozijn textielbedrijven in vier landen, en is met haar Schots geruite voeringen ongeschonden uit de strijd gekomen.¹³ Of dat Adidas in dit geval ook zal lukken moet echter nog worden afgewacht. Ik zal u de details over de vele procedures besparen,

maar beperk mij tot de intussen al tien jaar lopende zaak (eigenlijk een groep zaken) tussen Adidas aan de ene kant en Marca Mode, C&A, H&M, en Vendex KBB anderzijds, kortweg *Adidas/Marca*, waarin de Hoge Raad begin dit jaar arrest wees en vragen van uitleg stelde aan het HvJ EG. In die zaak speelt de perceptie van het publiek in vier opzichten een rol.

– De eerste vraag is, of het in aanmerking komende publiek in de drie strepen een *onderscheidingsteken* ziet. Het hoeft niet te beseffen dat het gaat om een *merk* in de verheven betekenis van het woord die het Beneluxverdrag inzake de Intellectuele Eigendom, de Eerste Merkenrichtlijn en de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk daaraan geven, laat staan dat het moet weten *wiens* merk het is, maar het moet er wel van uitgaan dat je aan de drie strepen kan zien dat de kleding van een bepaalde onderneming afkomstig is. Anders gezegd, het teken moet *onderscheidend vermogen* bezitten.

– Aansluitend is dan de tweede vraag of het gevaar bestaat dat dit publiek merk en teken met elkaar zal *verwarren*, dus dat het publiek hetzij het verschil niet zal zien, hetzij zal denken dat het geen verschil maakt en dat de twee strepen hoogstens een variant op de drie strepen zijn, maar dat de producten evengoed uit de stal van Adidas komen.

– Maar ook als het publiek geen tweestreepsknollen voor driestreeps-citroenen aanziet is de kous nog niet af. Als het driestreepsmerk namelijk een *bekend* merk is, geniet het extra bescherming; het wordt dan niet alleen beschermd tegen verwarringsgevaar, maar ook – op bepaalde voorwaarden – tegen de mogelijkheid dat het publiek een ander teken met het merk *in verband brengt* zonder tevens in verwarring te raken. De derde vraag is dus, of het driestreepsmerk behalve *onderscheidend* ook *bekend* is bij het in aanmerking komende publiek.

– De vierde vraag is dan natuurlijk óf het publiek bij het zien van twee strepen die twee strepen ook inderdaad in verband brengt met de drie strepen van Adidas.

Het is nog lang geen volledige opsomming van de rol die de perceptie van het publiek in het merkenrecht speelt,¹⁴ maar voor dit moment is het wel genoeg. Ik geef u kort de tussenstand van de zaak *Adidas/Marca*. Het gerechtshof in Den Bosch is van oordeel dat het merk als gevolg van het intensieve gebruik dat Adidas ervan heeft gemaakt bij het publiek is ingeburgerd (vraag 1), maar dat het publiek twee strepen heus niet met drie strepen zal verwarren (vraag 2). Dat het merk

bekend is en ook in 1996 al bekend was (vraag 3) neemt het hof veronderstellenderwijs aan.¹⁵ Volgens het hof moet Adidas echter ook aantonen dat het publiek in 1996, toen de tweestreepskleding op de markt kwam, de twee strepen in verband bracht met de drie strepen van Adidas (vraag 4). Het hof is daarvan vooralsnog niet overtuigd, en Adidas heeft pas in 2004 een marktonderzoek laten verrichten, dat uiteraard geen uitsluitsel kan geven over de bekendheid acht jaar eerder – gesteld al dat het dat wel kan over de situatie anno nu, want zoals te verwachten valt wordt het onderzoeksresultaat door Marca betwist.

Intussen heeft de Hoge Raad echter beslist dat niet de situatie in 1996, maar de huidige toestand maatgevend is.¹⁶ De tweestreepskleding is immers nog steeds op de markt, zodat de perceptie van het publiek *ex nunc* moet worden beoordeeld. Wellicht zal vraag 4 dus andermaal aan de orde moeten komen. *Wellicht*, want de HR heeft tegelijkertijd ook een tijdbom gelegd onder dit hele bouwsel door aan het HvJ EG de vraag voor te leggen of de concurrentie niet hoe dan ook de vrijheid moet behouden om zich te bedienen van een twee-streepsversiering, zelfs als het publiek die met Adidas' drie strepen mocht kunnen verwarren of associëren. Zo ja – en persoonlijk kan ik mij daar wel in vinden, want Adidas heeft met haar lange drie-strepen-merk al een claim gelegd op een aantrekkelijke mogelijkheid om sportkleding te verlevendigen en daarmee in feite een stuk publiek domein weten te monopoliseren; zij dient dat monopolie niet ook nog eens te kunnen uitbreiden tot andere aantallen strepen – zo ja, dan kunnen alle vragen en antwoorden over de perceptie bij nader inzien alsnog de prullemand in.¹⁷

En dat dus allemaal over twee dan wel drie strepen. *Tant de bruit pour une omelette!*

Publiek en perceptie

Hoe dat zij, in voorkomend geval moet worden vastgesteld wat de perceptie van het in aanmerking komende publiek is.

Je zou daar natuurlijk een marktonderzoek naar kunnen laten doen, maar erg aantrekkelijk is dat niet; marktonderzoeken zijn duur, en methodologische valkuilen maken de uitkomsten vaak discutabel. Tekend is dat van Westendorp, toch bepaald geen tegenstander van marktonderzoeken – het onderzoeksrapport in de zaak *Adidas/Marca* is van zijn hand – concludeert 'dat sommige problemen van fundamentele aard nauwelijks oplosbaar zijn'.¹⁸ Ook al blijven de voorstan-

ders het juridisch marktonderzoek propageren – vorige week werd er door de Markt Onderzoek Associatie nog een – volgens de organisatoren – ‘uniek symposium’ aan gewijd, in de praktijk lijkt de rechter de uitkomsten van marktonderzoek vooral te omarmen als die aansluiten bij zijn eigen oordeel, en als dat niet het geval is kost het hem meestal weinig moeite ze van tafel te vegen. Twintig of meer jaren discussie hebben daar weinig verbetering in gebracht.

Zelfs de afbakening van het ‘relevante publiek’ is al een probleem; om een representatieve steekproef te kunnen nemen moet je weten uit welke populatie je hem moet trekken, maar waar trek je de grens?

In een zaak over het profiel van *Vredestein Perfect* fietsbanden beschouwde het gerechtshof in Arnhem het ‘grote publiek’ – dus zeg maar iedereen – als doelgroep voor de betrokken fietsbanden, hoewel een niet onaanzienlijk deel van de Nederlandse bevolking met geen mogelijkheid tot fietsen te bewegen is en derhalve ook wel geen banden zal aanschaffen, dus dat lijkt een rijkelijk *hoog geschat* publiek.¹⁹

Omgekeerd constateerde de President van de rechtbank Breda in de Adidas-zaak dat ‘het in aanmerking te nemen publiek bestaat uit jongere, actieve, zeer merkbewuste mensen’; ongetwijfeld een boeiende typering, maar toch nauwelijks een omschrijving die het publiek scherp afbakt, en bovendien een benadering die nogal naar het resultaat – ‘het merk is bekend’ – toewerkt. Het publiek wordt qua omvang laag, maar qua kennis hoog geschat.²⁰

Het gerechtshof in Gent, ten slotte, achtte een steekproef van 812 ondervraagden, waarvan 30 % slechts enkele malen en 22 % maar 1 keer per jaar pralines kocht, onvoldoende representatief en ‘geen relevant publiek als “consumenten van pralines”’.²¹ Kortom, het publiek is heterogeen, de ene consument is de andere niet, en een steekproef kan eigenlijk niet omvangrijk genoeg zijn.

Niet meten maar schatten

Daar beginnen we dus maar liever niet aan. Wat het publiek weet, denkt of veronderstelt wordt niet onderzocht, het wordt globaal *geschat*; door de rechter of door het Merkenbureau. En daarbij wordt niet uitgegaan van het publiek als zodanig, maar van een representatieve vertegenwoordiger, de gewone consument van de betrokken waren of diensten. Om zo te zeggen een Jan of Truus Modaal. In het arrest *Lloyd/Loint’s* overwoog het HvJ:

‘Voor deze globale beoordeling moet worden uitgegaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort producten.’²²

In één van de door A.P. Herbert virtuoos opgetekende – overigens fictieve – *misleading cases* overweegt de rechter, Mr Justice Codd dat

‘it is always a great mistake to treat the individual on the chance that he may become a crowd’.²³

Hier hebben we echter te maken met de omgekeerde situatie: de menigte wordt teruggebracht tot een enkele vertegenwoordiger. En dat heeft grote voordelen. De diversiteit van het publiek speelt vrijwel geen rol meer, want men hoeft alleen nog maar de perceptie van de modale consument vast te stellen. En die perceptie wordt niet door onderzoek bepaald maar globaal uit de omstandigheden afgeleid, of liever gezegd beredeneerd. Dat geldt zowel voor het verwarringsgevaar als voor de beoordeling van onderscheidend vermogen en eventuele inburgering c.q. bekendheid van het merk, en alles wijst erop dat het ook geldt voor de overige gevallen waarin de perceptie van het publiek aan de orde is.

Helemaal nieuw is dat niet; ook vroeger maakte de jurisprudentie veelvuldig gebruik van allerlei vuistregels om het onderscheidend vermogen en de beschermingsomvang van merken vast te stellen. Nieuw is wel de verregaande systematisering van de beoordeling. Het Europese Merkenbureau, het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) en het Hof van Justitie (HvJ) bouwen gezamenlijk aan een stelsel van maatstaven met behulp waarvan de veronderstelde perceptie van het publiek zo gedetailleerd mogelijk kan worden bepaald. Zo is verwarringsgevaar het resultaat van drie factoren die tegen elkaar worden afgewogen: de mate van bekendheid van het merk, de mate van overeenstemming tussen merk en teken, en de mate van soortgelijkheid tussen de producten. Over elk van deze deelaspecten bestaan inmiddels uitgebreide richtlijnen van het Europese Merkenbureau, waarin bijvoorbeeld haarfijn uiteengezet wordt hoe woordmerken moeten worden ontleed en geanalyseerd om vast te stellen of en in hoeverre ze overeenstemmen.

Eveneens nieuw is voorts de regel die het HvJ sinds het *Libertel*-arrest hanteert, dat de perceptie van het publiek mede afhankelijk is

van het soort teken.²⁴ Het publiek, aldus het HvJ, is eraan gewend om woord- of beeldmerken onmiddellijk op te vatten als onderscheidingsstekens; voor kleuren en productvormen, maar ook voor slagzinnen geldt dit niet, of in ieder geval niet in dezelfde mate.²⁵ Dergelijke merken zijn daarom maar zelden van meet af aan onderscheidend; als regel moeten ze eerst inburgeren. Andermaal is het het Hof dat zelf de vermoedelijke perceptie van het publiek invult.

En nieuw is ook de nadruk op de gemiddelde consument als maatman, die staat voor het publiek als geheel. Het is wel een verregaande simplificatie, gegeven de complexe samenstelling van het gemiddelde publiek, maar het maakt de zaak zoals gezegd een stuk eenvoudiger, en de rechtspraak houdt dan ook zoveel mogelijk vast aan één enkele gemiddelde consument als maatman – al kan het natuurlijk net zo goed een *plurale tantum* zijn voor een groep onderling niet van elkaar te onderscheiden gemiddelde consumenten; dat maakt verder geen verschil.

Niet altijd kan de rechter het af met één enkele maatman; soms is het bijvoorbeeld onvermijdelijk om rekening te houden met taal- en gebiedsverschillen, met voor elk een gemiddelde consument.²⁶ Veel verschil maakt dat niet: nu het woord *options* in het Frans beschrijvend is, is het enkele feit dat dit woord voor de Franse *consommateur moyen* onderscheidend vermogen mist al afdoende om de merkinschrijving te weigeren, zonder dat we ons nog hoeven te verdiepen in de vraag hoe de Duitse *Durchschnittsverbraucher* het woord zal opvatten.

Fietsbanden en medicijnen

Daarnaast rijst de vraag of ook de *tussenhandel* deel uitmaakt van het publiek. De gemiddelde vakman heeft immers meer kennis van zaken dan de gemiddelde consument, zodat ook in dit geval meer dan één maatman nodig kan zijn.

In de al genoemde *Vredestein*-zaak probeerde Vredestein de namaak van haar *Perfect*-fietsbanden tegen te gaan door het profiel van de band als merk te deponeren. Het probleem was, dat gewone consumenten een fietsband niet herkennen aan hun profiel. De vakman herkent het profiel naar verluidt wel, en Vredestein betoogde dan ook dat het publiek bestaat uit consument en handel samen. Die stelling werd door de rechter verworpen: de vakman adviseert alleen maar, en maakt dus geen deel uit van het relevante publiek.²⁷

Dit oordeel werd bevestigd in het *Björnekulla*-arrest van het HvJ

EG: het afzetproces is gericht op de aanschaf door consumenten en eindgebruikers, en in principe vormen zij dus het publiek. Het Hof voegt daar echter aan toe dat dit anders wordt al naar gelang de handel of andere tussenpersonen invloed uitoefenen op de aankoopbeslissingen; in dat geval moet ook met hun perceptie van het merk rekening worden gehouden.

Zo bezien had Vredestein misschien nog wel een kans gehad, want vermoedelijk worden de meeste nieuwe banden door de fietsenmaker gemonteerd, en vaak zal die ook wel uitmaken welke band het wordt.

In de praktijk is het *Björnekulla*-arrest vooral van belang voor receptgeneesmiddelen, waarbij immers de arts dan wel de apotheker meestal de keus bepaalt. Het GvEA heeft al meer dan eens beslist dat het in aanmerking komende publiek in dit geval wordt gevormd door zowel artsen en apothekers als de patiënten zelf,²⁸ en je kunt je zelfs afvragen of de consument er überhaupt nog wel aan te pas komt. In het onlangs gewezen *Alcon*-arrest betoogde Alcon dat de arts de keuze van het geneesmiddel bepaalt en dat de perceptie van de patiënt er dus niet meer toe doet; hij hoeft het middel alleen maar in de apotheek af te halen, te betalen en in- dan wel uitwendig te gebruiken. Het HvJ oordeelde evenwel, zoals het GvEA eerder had gedaan, dat de rol van de arts en de apotheker

‘moet worden afgewogen tegen [...] de mogelijkheden van deze consumenten om die beroepsbeoefenaren rekening te doen houden met [...] hun wensen of voorkeuren’.²⁹

Anders gezegd: in theorie bepaalt de arts wat wordt voorgeschreven, maar in de praktijk zou de patiënt wel eens net zo lang kunnen drammen tot hij het middel krijgt dat hij hebben wil. Met het gevolg dat het uiteindelijk minstens evenzeer gaat om zijn perceptie als om die van de arts en de apotheker.

Jammer genoeg wordt uit het arrest niet duidelijk hoe de perceptie van de patiënt tegen die van arts en apotheker moet worden afgewogen. Vast stond dat de consument de wederzijdse merken *Trivastan* en *Travatan* met elkaar dreigde te verwarren, en het HvJ stemde in met het oordeel dat Alcon's merk *Travatan* daarom niet kon worden ingeschreven. Desondanks oordeelde het HvJ ook, dat het GvEA ten onrechte niet had nagegaan wat de perceptie van de arts en de apotheker,

hoewel niet duidelijk is welk verschil dat nog kon maken en het Hof aan deze omissie verder geen gevolgen verbond. Het resultaat is op zijn minst onhelder.

Ik heb hier wat langer bij stilgestaan omdat het demonstreert hoe belangrijk het is om het publiek terug te brengen tot een maatman, en als het even kan ook niet meer dan één. Het introduceren van de gemiddelde vakman naast de gemiddelde consument is al vragen om moeilijkheden; des te meer geldt dat als men het *echte* publiek als maatstaf zou willen hanteren.

Nogmaals: merkenrecht en publiek

Dat neemt niet weg dat het wellicht een zwakgebod lijkt om de perceptie van het publiek te beredeneren. Als de wet 'gevaar voor verwarring bij het publiek' als inbreukcriterium hanteert, dienen we dan niet te onderzoeken hoe groot dat gevaar werkelijk is?

Bij nader inzien is dat argument zo sterk niet. Om te beginnen hanteert de wet zelf heel algemene termen; er blijkt niet uit, wat als het relevante publiek moet worden beschouwd, en evenmin wordt aangegeven hoe groot het gevaar voor verwarring moet zijn om inbreuk te kunnen aannemen. Maar ook, en vooral, duidt de wet met 'verwaringsgevaar' niet zozeer een verschijnsel aan, dat waar het zich maar voordoet dient te worden bestreden. Veeleer gaat het om een maatstaf waarmee de beschermingsomvang van het merk wordt aangegeven.

Het hoge woord moet er maar uit: het merkenrecht is er niet voor het publiek maar voor de ondernemer, die beschermd wordt tegen zijn concurrenten. Tenminste tot op zekere hoogte, want de concurrentie moet op haar beurt ook weer ruimte hebben om zelf nieuwe merken te deponeren en in gebruik te nemen zonder dat het terrein bij voorbaat volledig is dichtgetimmerd. Zowel het een als het ander is ook in het belang van het publiek, maar dat betekent niet dat het publiek zelf enigerlei aanspraak kan ontlenen aan de omstandigheid dat het in de wet als maatstaf staat vermeld. En al helemaal niet de aanspraak dat zijn subjectieve wederwaardigheden maatgevend moeten worden geacht voor de invulling van het merkrecht.

Tussen droom en daad

Hooggeschat publiek, om nogmaals met Elsschot te spreken: aan de droom om met uw subjectieve perceptie rekening te houden staan

geen wetten in de weg, maar praktische bezwaren
zodat ik slechts weemoedig kan verklaren
't is beter dat u rustig slapen gaat.

Toch is dat niet het laatste woord. Ook al heeft het publiek in het merkenrecht zelf geen noemenswaardige aanspraken, het feit blijft dat het merk de ondernemer in staat stelt om met zijn publiek te communiceren. Het merkenrecht zorgt ervoor dat het merk die functie kan vervullen en dat de communicatie met het publiek zo ongestoord mogelijk verloopt. Dat contact met het publiek is waar het uiteindelijk om gaat; zonder u heeft die hele exercitie geen zin. In laatste instantie bent en blijft u daarmee een onmisbare pijler, om niet te zeggen de grondslag van het merkenrecht, en kunt u, geacht publiek, niet hoog genoeg geschat worden.

Hooggeschat publiek, we maken de balans op. In het octrooirecht bent u een bedreiging die omzichtig op een afstand moet worden gehouden. In het merkenrecht hebt u op papier een glorieuze positie, maar in de praktijk bent u meer een projectiescherm waar de rechter invuloefeningen op kan doen. En in het auteursrecht wordt u vooral hoog geschat als doelgroep die het sturen van nota's rechtvaardigt.

Gelukkig is dat niet het hele plaatje. Zowel in het auteursrecht als in het merkenrecht vormt u ook de rechtvaardiging voor de rechten waar we het vandaag over gehad hebben. Het recht van immateriële openbaarmaking vindt zijn basis in het feit dat u een publiek van kijkers en luisteraars vormt, en het merkenrecht bestaat bij gratie van het feit dat u belang stelt in de producten die ondernemingen in de markt zetten, en dat die ondernemingen daarom via hun merken ongestoord met u moeten kunnen communiceren.

En wat mijzelf betreft: goed, ik neem afscheid,

maar doorgaan zal ik wel; ik blijf zolang het gaat
de wetten op mijn weg naar hartelust verklaren
en wie weet schrijf ik daarnaast ook nog commentaren
waarin te lezen valt: er staat niet wat er staat!

Dus graag tot ziens. Ik heb gezegd.

NOTEN

1. Hof Amsterdam 26 juli 2001, *AMI* 2002, 1 m.nt. Visser (*Tarzan*).
2. S. Gerbrandy, *Kort Commentaar op de Auteurswet 1912*. Arnhem 1988, p. 447.
3. HR 27 juni 1958, *NJ* 1958, 405 (*Draadomroep*).
4. HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982, 435 m.nt. vNH (*CAI Amstelveen*).
5. Rb. 's-Gravenhage 19 december 2001, *AMI* 2002, 6 m.nt. Visser (*Sena/Digi Music*).
6. Zie ook Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*. Derde druk, Deventer 2005, p. 178, noot 92.
7. Artikel 1, tweede lid; zie ook *Auteurswet 1881*, *Parlementaire geschiedenis wet 1881 – ontwerp 1884*. Zutphen 2006, p. 66.
8. HvJ EG 15 juli 2005, zaak C-192/04, *AMI* 2006, 2 m.nt. Seignette (*Lagardère*).
9. HvJ EG 7 december 2006, zaak C-306/05, *AMI* 2007, 7 m.nt. Koelman, *Mf* 2007, 5 m.nt. Visser (*SGAE/Rafael Hoteles*).
10. Rb. Amsterdam 12 januari 2005, *AMI* 2005, 11 m.nt. Koelman (*Buma/UPC*); Hof Amsterdam 29 juni 2006, *AMI* 2007, 1 m.nt. Koelman (*Buma/UPC*).
11. Financieel verslag Buma/Stemra 2006, p. 26.
12. HR 1 juli 1982, *BIE* 1983, 48 m.nt. DWFV (met ill.) (*Adidas/Hema*).
13. Zie met name BenGH 16 december 1991, *NJ* 1992, 596 m.nt. DWFV (*Burberrys II*).
14. Zo noemen Merkenrichtlijn en BVIE ook nog de mogelijkheid dat het publiek kan worden misleid; uit HvJ EG 4 november 1997, zaak C-337/95, *NJ* 2001, 132 (*Dior/Evora*) kennen we de vraag of de reputatie die het merk geniet bij het publiek kan worden aangetast, en uit HvJ EG 23 februari 1999, *NJ* 2001, 134 (*BMW/Deenik*) de vraag of de indruk wordt gewekt dat een band bestaat tussen de merkhouders en de gebruiker van het merk, zoals een niet-dealer.
15. Het hof neemt zelfs, zij het veronderstellenderwijs, aan dat het merk *algemeen bekend* was.
16. HR 16 februari 2007, *LJN* AY9707 (*Adidas/Marca II*).
17. Voor de liefhebbers: in het licht van HvJ EG 25 januari 2007, zaak C-321/03 (*Dyson*) kan men zich afvragen of het lange driestrepmerkenmerk eigenlijk wel een geldig merk is. Adidas heeft verschillende depots verricht voor driestrepcombinaties, maar lijkt zich op het standpunt te stellen dat het object van haar recht zich uitstrekt tot iedere driestrepcombinatie, hoe die ook is uitgevoerd of gepositioneerd. Dat zou echter betekenen dat zij aanspraak maakt op een abstract teken, hetgeen naar het oordeel

- van het HvJ – waar ik geheel mee kan instemmen – geen teken is in de zin van artikel 2 van de Merkenrichtlijn.
18. P.H. van Westendorp, *Merkenrecht en marktonderzoek: de stand van zaken. BMM Bulletin* 2001, p. 13 (16).
 19. HR 11 mei 2001, NJ 2002, 55 m.nt. JHS (*Stichting Ring 65 / Vredestein*).
 20. Pres. Rb. Breda 2 oktober 1997, IER 1998, 4 (met ill.) (*Adidas/H&M*).
 21. Hof Gent 22 november 2004, IRDI 2005, p. 180 (*Leonidas/Belidas*).
 22. HvJ 22 juni 1999, zaak C-342/97, NJ 2000, 375 m.nt. DWFV (*Lloyd/Loint's*), rov. 26; een overweging die het hof sindsdien in vele arresten heeft herhaald. Tussen de verschillende taalversies van het arrest bestaan overigens nuanceverschillen, wat trouwens wel vaker het geval is. Alleen in het Nederlands gaat het om de 'gewone' consument. De Duitse tekst houdt het in ieder opzicht op 'gemiddeld': 'Bei dieser umfassenden Beurteilung ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Warenart abzustellen.' In het Engels is de *gemiddelde* consument *redelijk goed* geïnformeerd en *redelijk* aandachtig en oplettend: 'the average consumer [...] is deemed to be reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect.' In het Frans ten slotte, is hij normaal geïnformeerd: 'le consommateur moyen [...] est censé être *normalement* informé et raisonnablement attentif et avisé.'
 23. *The Egg of Exchange*. In: A.P. Herbert, *Wigs At Work*, Harmondsworth (Penguin Books) 1966, p. 71.
 24. HvJ 6 mei 2003, zaak C-104/01, BIE 2004, 50 m.nt. AAQ, IER 2003, 50 (met ill.) m.nt. ChG (*Libertel/BMB*).
 25. Zie o.a. 12 januari 2006, zaak C-173/04 P (*Deutsche SiSi-Werke/BHIM*); HvJ EG 21 oktober 2004, zaak C-64/02 P (*Das Prinzip der Bequemlichkeit*).
 26. Zie over taalverschillen bijvoorbeeld GvEA 30 maart 2000, zaak T-91/99, IER 2000, 36 (*Options*), en over territoriale verschillen HvJ EG 22 juni 2006, zaak C-25/05 P, NJ 2007, 237 (*vormmerk Werther's echte*), rov. 83.
 27. HR 11 mei 2001, NJ 2002, 55 m.nt. JHS (*Stichting Ring 65 / Vredestein*).
 28. Zie bijvoorbeeld GvEA 17 november 2005, zaak T-154/03 (*Artex/Alrex*).
 29. HvJ EG 26 april 2007, zaak C-412/05 P (*Trivastan/Travatan*).

COLOFON

Hooggeschat publiek van J.H. Spoor werd in opdracht van Uitgeverij G.A. van Oorschot gezet uit de Bembo door Perfect Service te Schoonhoven en in een oplage van 800 exemplaren gedrukt door Giethoorn Ten Brink te Meppel. Het omslagontwerp werd vervaardigd door Gerrit Noordzij. Deze uitgave is niet in de handel.

Deze rede werd in verkorte vorm uitgesproken op 13 juni 2007 bij het afscheid als hoogleraar intellectuele eigendom aan de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam.